

PROCESSO - A. I. Nº 269200.0110/12-5
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e BORRACHAS VIPAL NORDESTE S.A.
RECORRIDOS - BORRACHAS VIPAL NORDESTE S.A. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0138-03/13
ORIGEM - IFEP - DAT/NORTE
INTERNET - 05/09/2014

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0248-11/14

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. **a)** MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. MULTA. Multa de 1%. Comprovado pelo contribuinte e acolhido pelo autuante o efetivo retorno de algumas mercadorias não tendo ingressado no estabelecimento, cujas notas fiscais foram excluídas do levantamento fiscal reduzindo a exigência fiscal. Infração parcialmente subsistente. **b)** MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. MULTA. Multa de 10%. Arguições da defesa comprovadas. Infração insubsistente. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DE CONSUMO. **a)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS NÃO REGISTRADAS NA ESCRITA FISCAL E DETECTADAS PELA FISCALIZAÇÃO TRÂNSITO DE MERCADORIAS - CFAMT. Comprovado pelo contribuinte e acolhido pelo autuante o efetivo retorno de algumas mercadorias sem terem ingressado no estabelecimento, sendo as notas fiscais respectivas excluídas do levantamento fiscal. Infração parcialmente subsistente. **b)** MATERIAIS DE USO OU CONSUMO CONSIDERADOS PELO AUTUADO COMO INSUMO. Diligência realizada pela ASTEC demonstrou que alguns dos materiais arrolados no levantamento fiscal têm utilização vinculada ao processo fabril e nele é diretamente exaurido, os quais foram excluídos da exigência, consoante previsão do §1º, inciso I, “a” e “b” do art. 93 do RICMS-BA/97, e mantidas as relativas aos produtos que não são aplicados nas atividades produtivas, nem se enquadram no conceito de insumo, ou seja, trata-se de materiais de uso ou consumo. Infração parcialmente mantida. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MATERIAL DE USO OU CONSUMO. **a.1)** PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE INTERESTADUAL DE MATERIAL DE USO OU CONSUMO. MATERIAIS DE USO OU CONSUMO INDEVIDAMENTE CONSIDERADOS PELO AUTUADO COMO INSUMO. O autuado se apropriou do crédito fiscal nos serviços de transporte nas aquisições interestaduais de bens de uso e consumo. Infração caracterizada. Diligência solicitada ao autuante confirmou o acerto da exação. **a.2)** MATERIAL DE USO OU CONSUMO. MATERIAIS DE USO OU CONSUMO

CONSIDERADOS PELO AUTUADO COMO INSUMO. Diligência realizada pela ASTEC demonstrou que alguns dos materiais arrolados no levantamento fiscal têm utilização vinculada ao processo fabril e nele é diretamente exaurido, os quais foram excluídos da exigência, consoante previsão do §1º, inciso I, “a” e “b” do art. 93 do RICMS-BA/97, e mantida a exigência quanto aos itens que não são aplicados nas atividades produtivas, nem se enquadram no conceito de insumo, ou seja, trata-se de materiais de uso ou consumo. Infração parcialmente subsistente. **b) OPERAÇÃO COM NÃO-INCIDÊNCIA DO IMPOSTO.** O autuado utilizou crédito fiscal destacado em notas fiscais de entradas de bens para demonstração, operação amparada por suspensão e não comprovou o estorno do crédito e, em parte, também não comprovou a posterior devolução dentro do mesmo período de apuração. Em revisão efetivada pelo autuante em segunda instância foram excluídos os valores atinentes aos retornos com tributação nas saídas no mesmo período de apuração, em razão de estar comprovada documentalmente a ausência de prejuízo ao erário quanto ao cumprimento da obrigação principal. Infração parcialmente elidida. **c) ATIVO IMOBILIZADO. APROPRIAÇÃO A MAIS.** Comprovado nos autos e procedida a exclusão de uma das notas fiscais arroladas no levantamento fiscal que não tiveram o crédito fiscal destacado lançado na escrita fiscal. Infração elidida em parte. Rejeitada a preliminar de nulidade. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO.** Recurso Voluntário **PREJUDICADO** em relação às imputações 4 e 10 - porquanto já julgadas Improcedentes, pela JJF, as parcelas impugnadas, e **PARCIALMENTE PROVIDO** em relação à imputação 9. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário interpostos contra julgamento, em Primeira Instância, do Auto de Infração nº 269200.0110/12-5, lavrado em 29/06/2012 para exigir ICMS acrescido de multas de 60% e de 70%, além de aplicar multas por descumprimento de obrigações tributárias acessórias, em razão de doze imputações, sendo objeto do Recurso de Ofício a desoneração de parte das imputações 3, 5, 10, 11, 12 e da integralidade da imputação 04; objeto do Recurso Voluntário a integralidade das imputações 3, 4, 5, 9, 11, 12 e parte da imputação 10.

Não são objeto da lide as imputações 1, 2, 6 e 8, expressamente reconhecidas pelo sujeito passivo.

Em sede de Impugnação e de Recurso Voluntário fora inicialmente reconhecido pelo contribuinte o cometimento das infrações 1, 2, 6, 7, 8 e de parte da imputação 10, porém em sustentação oral na assentada da sessão de julgamento de 23/10/2013 na 3ª CJF o Advogado da empresa ressaltou que a imputação 7 era também objeto da insurgência pelo sujeito passivo, embora anteriormente reconhecida pela empresa, alegando conexão da imputação 7 com as imputações 11 e 12, em parte julgadas improcedentes em primeiro grau, ressaltando que empresa, embora houvesse recolhido o restante do valor de débito lançado referente à parte reconhecida da autuação, não havia

recolhido ainda o valor de débito lançado relativo à imputação 7, o que então reputava ser, possivelmente, indício de equívoco da empresa quando admitira a imputação 07.

INFRAÇÃO 3. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de fevereiro a junho, setembro e outubro e dezembro de 2009 e março e abril de 2010. Multa de 1% sobre o valor das operações resultando no valor de R\$534,86;

INFRAÇÃO 4. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, no mês de janeiro de 2009. Multa de 10% sobre o valor das operações resultando no valor de R\$7.904,96;

INFRAÇÃO 5. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras Unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de fevereiro e março, maio, setembro, outubro e dezembro de 2009 e março e abril de 2010. ICMS no valor de R\$2.806,23, acrescido da multa de 60%;

INFRAÇÃO 7. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de julho, setembro a dezembro de 2008 e janeiro de 2009 a abril de 2012. Consta, na descrição da imputação, que o contribuinte aproveitou indevidamente crédito fiscal de ICMS relativo aos serviços de transporte interestadual de bens destinados ao uso e consumo do estabelecimento, ao ativo imobilizado ou a outras situações não tributáveis pelo imposto, conforme demonstrativo “Anexo 05-A” do Auto de Infração. Mês de julho/2008, e meses de setembro/2008 a abril/2012. ICMS no valor de R\$73.075,67, acrescido da multa de 60%;

INFRAÇÃO 9. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com não incidência do imposto, nos meses de janeiro, março e abril, julho e agosto, outubro a dezembro de 2009, janeiro a setembro e novembro de 2010. ICMS no valor de R\$47.252,09, acrescido da multa de 60%;

INFRAÇÃO 10. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, nos meses de fevereiro a abril de 2010. ICMS no valor de R\$18.264,09, acrescido da multa de 60%;

INFRAÇÃO 11. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro de 2009 e março de 2009 a dezembro de 2010. ICMS no valor de R\$74.180,85, acrescido da multa de 60%;

INFRAÇÃO 12. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias proveniente de outras Unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro de 2009 e março de 2009 a dezembro de 2010. ICMS no valor de R\$105.085,33, acrescido da multa de 60%.

O Fisco acosta, às fls. 26 a 50, documentos que consistem, dentre outros, em Termos de Intimação, de Início de Fiscalização e de Prorrogação de período de execução da ação fiscal; cópias de livros fiscais; vias de notas fiscais; demonstrativos do levantamento fiscal realizado em mídia CD (fl. 50).

Às fls. 51 e 52 comprovantes de entrega, ao sujeito passivo, de cópia dos documentos que embasam o Auto de Infração.

O autuado reconheceu o cometimento da integralidade das imputações 1, 2, 6, 7, 8, e de parte da imputação 10 (reconhecimento quanto aos fatos geradores com datas de ocorrência de 28/02/2010 e de 30/04/2010), às fls. 55 e 60. Em seguida impugnou parcialmente o lançamento de ofício às fls. 74 a 101, acostando documentos às fls. 102 a 329 (volumes I e II).

O autuante prestou informação fiscal às fls. 333 a 348 acolhendo em parte as alegações defensivas e:

- reduzindo o débito da imputação 03 de R\$534,86 para R\$399,77;
- declarando improcedente a imputação 04;
- reduzindo de R\$2.806,23 para R\$1.455,46 a infração 05;
- mantendo integralmente a imputação 09;
- em relação à imputação 10 aduzindo que no Auto de Infração foi lançado o débito no valor de R\$18.264,09, o contribuinte apenas se insurgiu contra o débito de data de ocorrência 31/03/2010, no valor de R\$9.162,10, que ele, autuante, concordava ser improcedente e assim reduzindo de R\$18.264,09 para R\$9.101,99 o débito da infração 10, remanescendo para esta imputação 10 apenas o valor de débito reconhecido pelo autuado;
- mantendo integralmente as imputações 11 e 12.

O Fisco acostou demonstrativos às fls. 349 e 350.

Intimado, o contribuinte se pronunciou às fls. 356 a 370 reiterando a defesa inicial.

Em sessão de pauta suplementar o processo foi remetido em diligência à ASTEC do CONSEF, fl. 411, solicitando que Fiscal designado intimasse o autuado a descrever de forma detalhada como são utilizados e participam de seu processo produtivo “*todas as mercadorias discriminadas nas notas fiscais relacionadas nos Demonstrativos de apuração da exigência relativa às Infrações 11 e 12, informando, inclusive, o tempo médio de desgaste para renovação. Deverá constar na intimação a concessão do prazo de dez dias para atendimento, bem como ser entregue, mediante recibo, cópia do presente despacho. As informações prestadas pelo contribuinte deverão ser anexadas ao processo.*” Foi solicitado também que o Diligente, após confirmar as informações, *in loco*, na linha de produção do autuado, elaborasse novos demonstrativos para as Infrações 11 e 12, nos moldes daqueles gravados na mídia CD de fl. 50, “*acrescentando uma coluna específica com a descrição sucinta da utilização das mercadorias apresentadas pelo contribuinte e outra com o tempo médio de exaustão, os quais deverão ser anexados aos autos juntamente com cópia do arquivo em meio magnético.*”

Em atendimento foi emitido o Parecer ASTEC/CONSEF nº 0014/2013, informando o cumprimento da diligência e elaborando o demonstrativo fiscal das infrações 11 e 12 constando em colunas adicionadas o detalhamento da utilização dos itens e do tempo de exaustão, cuja cópia foi apensada à fl. 441. O Diligente acostou documentos às fls. 417 a 441, dentre os quais o demonstrativo de fls. 419 a 426, contendo a descrição das mercadorias objeto das operações, seu uso pelo autuado, a natureza do produto, a base de cálculo do ICMS e o imposto destacado relativo a cada mercadoria por operação e por período mensal, conforme solicitado pela Junta.

O contribuinte se pronunciou à fl. 499 acostando mídia CD à fl. 515, e novamente se pronunciou às fls. 517 a 525 ratificando todos os termos de sua defesa e anexando mídia CD à fl. 533.

Cientificado o autuante, fl. 493, este não se manifestou.

O julgamento unânime em primeira instância manteve parcialmente o Auto de Infração, conforme Acórdão nº 0138-03/13, às fls. 536 a 551. Em seu voto assim se expressa o digno Relator:

VOTO

Este Auto de Infração compreende 12 infrações.

A defesa suscitou preliminar de nulidade sob o argumento de que o Auto de Infração foi lavrado sem fundamentação motivacional, ofendendo assim, os princípios da ampla defesa e do contraditório, da legalidade e do princípio administrativo da motivação. Deve ser refutada plenamente a pretensão da defesa, tendo em vista que alegação não condiz com a realidade fática constante dos autos. Eis que, todos os itens que compõem o

Auto de Infração afiguram-se plenamente circunstanciados, devidamente explicitado individualizadamente o enquadramento legal. Portanto, resta evidenciado que a acusação fiscal está eivada de explícita motivação na medida em que todas as infrações cometidas estão claramente descritas. Ademais, ficou patente que o autuado entendeu integralmente a acusação fiscal, haja vista que, em sede defesa e em diversas manifestações, impugnou a acusação fiscal com total desenvoltura demonstrando ter assimilado inteiramente o teor das irregularidades infringidas, reconhecendo, inclusive, o cometimento de alguns itens do Auto de Infração. Logo, considero ultrapassada a questão de ordem preliminar e passo ao exame do mérito.

O autuado, de plano, reconheceu integralmente as infrações 01, 02, 06, 07 e 08. Assim, diante da inexistência de lide em relação a esses itens do Auto de Infração, os considero totalmente subsistentes.

No que diz respeito às infrações 03, 04 e 05 que têm origem comum na falta de escrituração de notas fiscais de entradas de bens e mercadorias obtidas pelo CFAMT, conforme cópias anexadas às fls. 35 a 49, o autuado se defendeu alegando não ocorrer falta de escrituração, mas remessa de peças e equipamento pelos fornecedores sem qualquer solicitação e que não deram entrada em seu estabelecimento e apresenta cópias de algumas notas fiscais de devolução, fls. 138 a 152, e pede o afastamento das três infrações.

Quanto ao pedido do autuado para realização de diligência com a finalidade examinar toda a documentação fiscal, sob a alegação de termo apresentado somente algumas notas fiscais por amostragem, constato que se trata de apenas doze notas fiscais, todas de posse do impugnante, tendo em vista que, das dezenove notas fiscais arroladas no levantamento fiscal que apura essas três infrações, sete delas já foram carreadas aos autos na defesa. Portanto, apenas doze notas fiscais não se configuram volume significativo de documentação que demandasse a necessidade de diligência específica para esse fim. Ademais, caso o autuado dispusesse dessa documentação já teria carreado aos autos por ocasião de suas diversas manifestação nos autos. Dessa forma, com fulcro nos artigos 123, §1º e 147, inciso II, alíneas “a” e “b”, do RPAF-BA/99, indefiro o pedido de realização de diligência.

Depois de examinar as peças que compõem o contraditório em relação a essas infrações verifico que as notas fiscais apresentadas pelo autuado na tentativa de elidir a acusação fiscal comprovam suas alegações, uma vez que não apresentam correspondência de valores e de mercadorias entre as notas fiscais de remessa e as de efetiva devolução.

Constato que as notas fiscais apresentadas que comprovam a alegação da defesa foram acatadas **pelo autuante** e que resultou na exclusão da exigência atinente à infração 04 e a redução do débito da infração 03 para R\$399,78 e da infração 05 para R\$1.455,46, consoante demonstrativo de débito colaciona à fl. 349.

Ao compulsar especificamente o novo demonstrativo de débito, fl. 349, elaborado pelo autuante, que os valores apurados correspondem, efetivamente, aos ajustes decorrentes das comprovações apresentadas e concluo pela insubsistência da infração 04 e pela caracterização parcial das infrações 03 e 05.

Em relação à infração 09 que cuida da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a operações amparadas pela não incidência do imposto, tais com remessas para empréstimos e demonstração.

O autuado se defendeu sustentando que as mercadorias recebidas depois de realizados os testes seriam devolvidas aos fornecedores com a emissão de nota fiscal de saída com o devido destaque do imposto. Aduziu ainda que somente se creditou por ocasião das saídas das mercadorias, quando feito o destaque do imposto, assegurando que havendo débito é legítimo o crédito como forma de estornar o ICMS incidente no ingresso. Afirmou que para comprovar sua alegação anexou aos autos as correspondentes notas fiscais de devolução, fls. 153 a 202.

Inicialmente, convém salientar que, ao compulsar as notas fiscais carreadas aos autos pelo impugnante, verifica-se que não se tratam de notas fiscais de devolução, eis que correspondem às cópias das notas fiscais de remessa arroladas no levantamento fiscal, portanto, inservíveis para comprovar a alegação da defesa.

Por seu turno é patente que as remessas para demonstração, empréstimos, objeto da autuação, não permitem a utilização do crédito fiscal, mesmo destacado no documento fiscal, vinculado a estas operações, já que não se constituem de operação de saída ulterior tributada.

Assim, resta comprovado nos autos a efetiva utilização indevida de crédito fiscal. Ademais, a alínea “a” do inciso IV do art. 97 do RICMS-BA/97, veda expressamente a utilização de crédito fiscal quando a operação de aquisição estiver amparada por não-incidência. Para elidir a acusação fiscal caberia ao autuado carrear aos autos, para cada operação de entrada mercadoria destinada a demonstração arrolada no levantamento fiscal, a comprovação inequívoca de que promovera o correspondente retorno com débito no mesmo valor registrado na entrada. Assim, ante a inexistência nos autos qualquer elemento capaz de descaracterizar a acusação fiscal considero subsistente esse item da autuação.

Pelo exposto, concluo pela manutenção da infração 09.

No que diz respeito à infração 10, que trata da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em aquisições de bens para integrar o ativo permanente.

Constato que o autuado reconheceu a acusação fiscal no que diz respeito às exigências atinentes aos fatos geradores ocorridos em 28/10/2010 e 30/04/2010 e comprovou que o lançamento efetuado nesse item com a data de ocorrência de 31/03/2010, no valor de R\$9.162,10, referente à Nota Fiscal nº 22.036, que teve seu registro no LRE sem o aproveitamento do crédito, como se verifica às fls. 204 e 205.

Nesses termos, considero que a infração 10 resta parcialmente caracterizada com o débito remanescente no valor de R\$9.101,99, consoante demonstrativo de débito à fl. 350.

Quanto às infrações 11 e 12, cuidam da aquisição de material de uso e consumo, sendo a utilização indevida de crédito fiscal apurada na infração 11 e a falta de recolhimento do ICMS diferencial de alíquota por conta de aquisições interestaduais apurada na infração 12.

Em sede de defesa o sujeito passivo refuta as acusações sob o fundamento de que as aquisições arroladas no levantamento fiscal são bens intermediários indispensáveis ao processo produtivo (navalhas, facas, esteiras, tesouras, escovas), apresentando descrição da utilização e ilustrando com fotos das referidas mercadorias.

O autuante mantém a autuação dos dois itens sustentando que, mesmo os materiais arrolados no levantamento fiscal sem utilizados na linha de produção do autuado e tendo desgaste em decorrência do contato com os produtos em processamento, tais características não são suficientes para caracterizá-los como materiais secundários ou intermediários.

Os autos foram baixados em diligência à ASTEC/CONSEF para diligente in loco constataste a fidedignidade da descrição pormenorizada fornecida pelo impugnante relativa à efetiva utilização dos materiais arrolados no levantamento fiscal no processo do estabelecimento autuado.

O regramento que baliza a utilização de crédito fiscal é estatuído pelo RICMS-BA/97, no §1º do art. 93, que sintetiza nestes termos o regime do crédito fiscal, traduzindo a positivação dos arts. 24 a 31 da Lei nº 7.014/96:

“§ 1º. Salvo disposição em contrário, a utilização do crédito fiscal relativo às aquisições de mercadorias, matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem, inclusive o relativo aos serviços tomados, condiciona-se a que:

I - as mercadorias adquiridas e os serviços tomados:

- a) estejam vinculados à comercialização, industrialização, produção, geração, extração ou prestação;*
- b) sejam consumidos nos processos mencionados na alínea anterior; ou*
- c) integrem o produto final ou o serviço na condição de elemento indispensável ou necessário à sua industrialização, produção, geração, extração ou prestação, conforme o caso; e*

II - as operações ou prestações subsequentes sejam tributadas pelo imposto, sendo que, se algumas destas operações ou prestações forem tributadas e outras forem isentas ou não tributadas, o crédito fiscal será utilizado proporcionalmente às operações de saídas e às prestações tributadas pelo imposto, ressalvados os casos em que seja assegurada pela legislação a manutenção do crédito.”

Do dispositivo regulamentar acima reproduzido, em sintonia com as demais normas regulamentares atinentes ao regime de compensação do ICMS, chega-se à conclusão de que o direito ao crédito, dentre outros requisitos, no presente caso, depende do atendimento a determinados requisitos, a saber: as mercadorias ou bens adquiridos e os serviços tomados devem: estar vinculados à industrialização, ser empregados no processo de industrialização ou integrar o produto final ou o serviço na condição de elemento indispensável ou necessário à industrialização.

Logo, dos fundamentos claramente delineados pelo regulamento facilmente se infere a definição de insumos, ou seja, de quais materiais envolvidos na atividade fabril devem ser amparados com a utilização de crédito fiscal em suas aquisições. Com essa estratificação, por exclusão, chega-se à determinação dos materiais de uso ou consumo. Nessa linha de raciocínio, material de uso ou consumo são materiais empregados foram do processo produtivo a exemplo de material de limpeza, ou ainda materiais que embora utilizados no setor de produção não têm vinculação direta com o produto elaborado, como é o caso de peças de reposição e manutenção de equipamentos, fardamentos e materiais de segurança utilizados pelos operários.

Ademais, essa distinção também é adotada pela contabilidade de custos que consideram os insumos, matéria prima, material secundário e intermediário e de embalagem como custo de produção, já os materiais de uso ou consumo são contabilizados como despesa.

Em Parecer o diligenciador designado carregou aos autos a descrição da utilização no processo fabril do

autuado dos seguintes materiais arrolados no levantamento fiscal.

BALDE 20 L P/BOMBA PRESSAO TORTUGA - São materiais de embalagem utilizados para o armazenamento de solventes e derivados;

CABO RASPADOR P/ TIP TRIMMER - É utilizado como suporte para a serra tip trimmer, auxiliando no processo de retirada de rebarbas entre os módulos das bandas de rodagem;

ESCOVA PARA RASPADORA 200 X 319,5 - Constituem cilindros providos de cerdas metálicas, que são acoplados a um eixo motorizado de alta rotação; tem a função de raspar a base da banda de rodagem de pneumáticos pré-moldada, após a vulcanização. A raspagem torna a superfície da borracha áspera e preparada para uma melhor ancoragem sobre a carcaça do pneumático;

FACA ACO INOX 24608/080 TRAMONTINA - São empregadas pelos operadores logo à saída dos cilindros laminadores do composto de borracha; utilizadas para retirar os excessos de borracha laminada e sofrem rápido desgaste;

LAMINA H-5 COM RAIOS - São empregadas logo à saída dos cilindros laminadores do composto de borracha; utilizadas para retirar os excessos de borracha laminada e sofrem rápido desgaste;

LONA PRETA 4000MM - NÃO INFORMADO;

MATERIAL REFERENTE A FERRAMENTARIA – NÃO INFORMADO;

NAVALHAS DESCARTAVEIS STANLEY 11301 - Constituem discos de aço, de lâmina cortante, utilizados aos pares para o corte do composto de borracha misturada em lençóis ou mantas de determinada largura, logo após a saída do composto de borracha da máquina misturadora “bambury” e sua laminação pelos cilindros laminadores;

ÓLEO DE XISTO TIPO E - É um óleo lubrificante mineral utilizado nas caldeiras de produção como óleo combustível.

PAS MARM41 F65 TEXT L/0 1000X4,0 - NÃO INFORMADO;

SELO METALICO DE ACO 16mm - São materiais utilizados para amarra de cinta plástica e fixação da embalagem do produto;

SERRA P/TIP TRIMMER (SCHUSTER) - São utilizadas para a retirada de rebarbas entre os módulos das bandas de rodagem, no processo conhecido como rebarbagem, que ocorre no setor de vulcanização;

TAMBOR 210 L BRANCO SOLVENTE - São materiais de embalagem utilizados para o armazenamento de solventes e derivados;

TESOURA FORJADA REFORCADA COSTURA 20cm COD.270/08 SR, - de uso exclusivamente manual, são empregadas para o corte e acabamento de uma grande diversidade de materiais de borracha vulcanizadora; suas lâminas sofrem contínuo desgastes.

Portanto, devem ser mantidas apenas as exigências relativas a mercadorias que não são aplicadas diretamente no processo produtivo, bem como aquelas acerca das quais o contribuinte olvidou-se de informar a respectiva função na atividade-fim do estabelecimento industrial.

Depois de examinar detidamente a atuação no processo fabril do autuado os itens acima elencados e trazidos aos autos na conclusão da diligência da ASTEC, constato que os materiais: TAMBOR 210 L BRANCO SOLVENTE, SELO METÁLICO DE ACO 16mm, PAS MARM41 F65 TEXT L/0 1000X4,0, ÓLEO DE XISTO TIPO E, LONA PRETA 4000MM, CABO RASPADOR P/ TIP TRIMMER e BALDE 20 L P/BOMBA PRESSAO TORTUGA devem ser mantidos no levantamento fiscal que resultou nas exigências das infrações 11 e 12, tendo em vista que a utilização desses materiais não se reveste da condição de material de uso ou consumo, não preenchendo os requisitos definidos no §1º, inciso I, “a” e “b” do art. RICMS-BA/97, acima transcrito.

Já os itens: ESCOVA PARA RASPADORA 200 X 319,5, NAVALHAS DESCARTAVEIS STANLEY 11301, LAMINA H-5 COM RAIOS, FACA ACO INOX 24608/080 TRAMONTINA, NAVALHAS DESCARTAVEIS STANLEY 11301, TESOURA FORJADA REFORCADA COSTURA 20cm COD.270/08 SR e SERRA P/TIP TRIMMER (SCHUSTER), devem ter os valores a eles atribuídos excluídos no levantamento fiscal atinentes às infrações 11 e 12, uma vez que se constituem de materiais que, além de estarem vinculados e empregados no processo de industrialização, são indispensáveis e necessários na elaboração dos produtos pelo estabelecimento autuado.

Assim, com base nos argumentos acima articulados promovo a exclusão dos materiais não caracterizados como material de uso ou consumo que reduz a exigência da infração 11, para R\$16.412,65, e da infração 12, para R\$23.035,85, conforme discriminação a seguir demonstrada.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO												
INFRAÇÃO 11		EXCLUSÕES EFETUADAS								JULGAMENTO		
Data Ocor.	Débito - Auto de Infração	ESCOVA	NAVA LHAS	LÂMINAS	SERRA	FACA	SELO	TESOURA	TOTAL	DÉBITO APURADO	ALÍQ	BASE DE CÁLCULO
31/01/2009	2.744,73					98,95			98,95	2.645,78	17%	15.563,41
31/03/2009	3.370,89			149,24	14,11	41,93	77,00		282,28	3.088,61	17%	18.168,29
30/04/2009	10.212,52	6.992,02		381,58	40,32	20,97			7.434,89	2.777,63	17%	16.339,00
31/05/2009	830,38	244,16			39,90	209,58	67,20	269,54	830,38	0,00	17%	0,00
30/06/2009	8.386,43	7.248,85		314,58		349,55	127,40		8.040,38	346,05	17%	2.035,59
31/07/2009	40,75								0,00	40,75	17%	239,71
31/08/2009	447,83								0,00	447,83	17%	2.634,29
30/09/2009	2.803,65	2.739,80		63,85					2.803,65	0,00	17%	0,00
31/10/2009	69,93							69,93	69,93	0,00	17%	0,00
30/11/2009	5.554,86	4.999,17	220,80			204,61	77,00	22,68	5.524,26	30,60	17%	180,00
31/12/2009	2.214,65	1.909,45	305,20						2.214,65	0,00	17%	0,00
31/01/2010	3.222,01	2.919,53							2.919,53	302,48	17%	1.779,29
28/02/2010	5,47			5,47					5,47	0,00	17%	0,00
31/03/2010	6.481,30	5.132,75		351,00	49,50	948,04			6.481,29	0,01	17%	0,04
30/04/2010	3.320,90	1.699,25	123,90			438,44			2.261,59	1.059,31	17%	6.231,24
31/05/2010	8.837,96	7.213,85			120,96	819,00			8.153,81	684,15	17%	4.024,41
30/06/2010	2.986,73	1.699,25	318,12					128,28	2.145,65	841,08	17%	4.947,53
31/07/2010	1.930,69		483,00						483,00	1.447,69	17%	8.515,82
31/08/2010	1.323,26		434,70						434,70	888,56	17%	5.226,82
30/09/2010	2.868,15	2.788,35			78,80				2.867,15	1,00	17%	5,88
31/10/2010	837,16		516,74						516,74	320,42	17%	1.884,82
30/11/2010	4.203,75	3.468,50		114,21					3.582,71	621,04	17%	3.653,18
31/12/2010	1.486,85		517,44		99,75				617,19	869,66	17%	5.115,65
	74.180,85	49.054,93	2.919,90	1.379,93	443,34	3.131,07	348,60	490,43	57.768,20	16.412,65		

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO												
INFRAÇÃO 12		EXCLUSÕES EFETUADAS								JULGAMENTO		
Data Ocor.	Débito - Auto de Infração	ESCOVA	NAVA LHAS	LÂMINAS	SERRA	FACA	SELO	TESOURA	TOTAL	DÉBITO APURADO	ALÍQ	BASE DE CÁLCULO
31/01/2009	3.921,05					141,36			141,36	3.779,69	17%	22.233,47
31/03/2009	4.815,56			231,20	20,16	59,90	110,00		421,26	4.394,30	17%	25.848,82
30/04/2009	14.589,32	9.988,60		545,11	57,60	29,95			10.621,26	3.968,06	17%	23.341,53
31/05/2009	1.186,26	348,80			57,00	299,40	96,00	385,06	1.186,26	0,00	17%	0,00
30/06/2009	11.980,61	10.355,50		449,40		499,36	182,00		11.486,26	494,35	17%	2.907,94
31/07/2009	58,22								0,00	58,22	17%	342,47
31/08/2009	639,75								0,00	639,75	17%	3.763,24
30/09/2009	4.005,21	3.914,00		91,21					4.005,21	0,00	17%	0,00
31/10/2009	99,90							99,90	99,90	0,00	17%	0,00
30/11/2009	7.813,73	7.141,67	315,43			170,51	110,00	32,40	7.770,01	43,72	17%	257,18
31/12/2009	3.163,78	2.727,78	436,00						3.163,78	0,00	17%	0,00
31/01/2010	4.602,88	4.170,75							4.170,75	432,13	17%	2.541,94
28/02/2010	7,81			7,81					7,81	0,00	17%	0,00
31/03/2010	8.876,23	7.332,50		501,43	70,72	971,58			8.876,23	0,00	17%	0,00
30/04/2010	4.361,37	2.427,50	177,00			243,58			2.848,08	1.513,29	17%	8.901,71
31/05/2010	12.625,66	10.305,50			172,80	390,00			10.868,30	1.757,36	17%	10.337,41
30/06/2010	4.266,76	2.427,50	454,45			1.170,00		184,68	4.236,63	30,13	17%	177,24
31/07/2010	2.758,13		690,00						690,00	2.068,13	17%	12.165,47
31/08/2010	1.890,38		621,00						621,00	1.269,38	17%	7.466,94
30/09/2010	4.097,35	3.983,35			114,00				4.097,35	0,00	17%	0,00
31/10/2010	1.195,94		738,20						738,20	457,74	17%	2.692,59
30/11/2010	6.005,36	4.955,00		163,13					5.118,13	887,23	17%	5.219,00
31/12/2010	2.124,07		739,20		142,50				881,70	1.242,37	17%	7.308,06
	105.085,33	70.078,45	4.171,28	1.989,29	634,78	3.975,64	498,00	702,04	82.049,48	23.035,85		

No que tange à alegação defensiva de confiscatoriedade da multa de 60%, em que pese a extensiva argumentação expendida pelo impugnante, inclusive com citação de precedentes jurisprudenciais e posição doutrinária sobre o tema, saliento que este órgão julgador administrativo não tem competência para apreciar tal matéria, ao teor do disposto no art. 167, inciso I, do RPAF-BA/99, já que a referida multa está prevista no art. 42 Lei nº 7.014/96.

Ante o exposto, o valor débito do presente Auto de Infração, com os ajustes acima aludidos, passa para R\$205.412,96, conforme demonstrativo comparativo abaixo.

DEMONSTRATIVO COMPARATIVO DE DÉBITO

Infrações	A. I.	JULG.	multa
01	8.514,53	8.514,53	70% e 100%
02	2.724,65	2.724,65	60%
03	534,86	399,78	1%
04	7.904,96	0,00	10%
05	2.806,23	1.455,46	60%
06	6.551,08	6.551,08	60%
07	73.075,67	73.075,67	60%
08	16.889,21	16.889,21	60%
09	47.252,09	47.252,09	60%
10	18.264,09	9.101,99	60%
11	74.180,85	16.412,65	60%
12	105.085,33	23.035,85	60%
TOTAL	363.783,55	205.412,96	

Voto pela *PROCEDÊNCIA PARCIAL* do Auto de Infração.

A Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício da Decisão nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99.

Inconformado com a Decisão proferida, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário reproduzindo as suas alegações da impugnação originária. O Recorrente inicialmente relata ter por objeto a industrialização, comércio, importação e exportação de reparos a frio, vulcanizantes e autovulcanizantes para pneus e câmaras de ar, inclusive suas matérias-primas; a industrialização comércio, importação e exportação de borracha e pneumáticos, seus artefatos, maquinários e equipamentos em geral, para ramos automotivo, esportivo e industrial, adesivos, solas e produtos de limpeza em geral; a prestação de serviço no seu ramo de atividade; a administração de negócios e de outras sociedades; e a participação em outras sociedades.

Em seguida copia a imputações, diz que as impugnou parcialmente, fala que o lançamento de ofício e a Decisão *a quo* não teriam motivação, o que geraria insegurança para ele, recorrente.

Passa a falar sobre o mérito da autuação.

Em relação às imputações 3, 4 e 5, volta a afirmar que não recebeu as mercadorias, e que comprovara a improcedência integral da imputação 04 e a improcedência parcial das infrações 3 e 5 mas não conseguira anexar todas as notas fiscais de devolução, por não tê-las conseguido com os seus fornecedores, tendo a JJF recusado o seu pedido para realização de diligência para anexá-las posteriormente.

Quanto à imputação 9, repete a alegação defensiva originária no sentido de que, de acordo com a fiscalização ele, recorrente, teria utilizado indevidamente crédito fiscal do ICMS referente a operações não tributadas, remessa para demonstração, empréstimo e outras operações que indicam que a operação não está no campo de incidência do imposto, mesmo tendo sido destacado o valor do imposto nos respectivos documentos fiscais. Que, quanto a este item, conforme já dissera na impugnação, as operações são de “*envio de peças e máquinas para demonstração e teste oriundas de outros estados, as quais são operações tributadas.*”

O contribuinte aduz que “*muitas vezes algumas peças e máquinas como, por exemplo, motores, são primeiro enviados para demonstração ou teste do produto para conferir se a peça ou parte irá se adaptar nas máquinas e equipamentos já existentes na empresa. Realizados estes testes, os produtos são devolvidos para os fornecedores, sendo emitida uma nota de saída das mercadorias com o devido destaque do imposto. Nesse sentido, ressalta-se que o recorrente somente tomou crédito fiscal de ICMS, no momento da saída das mercadorias, quando foi feito o destaque do imposto. Havendo o débito, é legítimo o creditamento como forma de estornar o ICMS incidente na entrada do estabelecimento da oro recorrente. Para comprovar o alegado foram juntadas na impugnação as notas fiscais de saída das referidas mercadorias com o devido destaque do imposto, sendo que somente após a saídas das mercadorias que a empresa tomou o crédito. (...) havendo o destaque do ICMS na saída das mercadorias, o procedimento adotado pela oro recorrente não gerou qualquer tipo de dano ao erário.*”

O contribuinte prossegue expondo que a JJF entendeu que caberia a ele, Recorrente, carrear aos autos, para cada operação de entrada de mercadoria destinada a demonstração arrolada no levantamento fiscal, a comprovação inequívoca de que promovera o correspondente retorno com débito no mesmo valor registrado na entrada. Que, contudo, essa prova já teria sido feita na impugnação, quando juntara todas as notas de entrada das mercadorias enviadas para demonstração, com destaque do ICMS, bem como todas as notas fiscais de saída das mesmas mercadorias com um débito no mesmo valor registrado na entrada.

Que em grau de Recurso, para reforçar sua alegação, anexava “*os livros de entrada e saída da oro recorrente, demonstrando de forma cabal o procedimento acima referido. Ademais, o procedimento da oro recorrente não trouxe qualquer tipo de lesão ao erário pois somente*

significou como “estorno” do débito lançado na entrada, e, portanto deve ser afastada a presente infração e consequentemente afastada multa aplicada.”

O contribuinte passa a se insurgir contra as imputações 11 e 12 repetindo as alegações impugnatórias iniciais, novamente discorrendo acerca de direito de creditamento, citando o RICMS/BA/97, e afirmando que as mercadorias objeto das duas imputações seriam insumos utilizados em seu processo produtivo, e não materiais de uso e consumo, pelo que as mesmas seriam improcedentes. Repete os seus argumentos iniciais. Aduz que no Acórdão objeto do Recurso foram excluídos os itens: “ESCOVA PARA RASPADORA 200 X 319,5, NAVALHAS DESCARTAVÉIS STANLEY 11301, LAMINA H-5 COM RAI0, FACA AÇO INOX 24608/080 TRAMONTINA, NAVALHAS DESCARTAVEIS STANLEY 11301, TESOURA FORJADA REFORÇADA COSTURA 20 CM COD 270/08 e SERRA P/ TIP TRIMMER (SCHUSTER).”

Mas que o Acórdão teria mantido os itens: “TAMBOR 210 L BRANCO SOLVENTE, SELO METÁLICO DE AÇO 16mm, PAS MARM41 F65 TEXT L/0 1000X4,0, ÓLEO DE XISTO TIPO E, LONA PRETA 4000MM, CABO RASPADOR P/ TIP TRIMMER e BALDE 20 L P/ BOMBA PRESS”.

Que, no entanto, todos os itens glosados seriam “mercadorias essenciais e sofrem desgaste durante o processo produtivo não se enquadrando no conceito de material de uso e consumo estabelecido no próprio acórdão combatido. Primeiramente, cumpre referir que os créditos apropriados pelo recorrente têm sua legitimidade assegurada no fato de as mercadorias adquiridas serem indispensáveis ao processo produtivo, sofrendo desgaste em função da sua utilização permanente no processo produtivo, não sendo destinadas ao uso e consumo da empresa(conforme demonstrado no laudo técnico em anexo e Parecer diligenciador designado), e diferentemente de como quer fazer crer a fiscalização.”

O contribuinte junta fotos e discorre acerca dos itens que denomina navalhas; facas; esteiras; tesouras; escovas; balde 20 para bomba pressão tortuga; cabo raspador para tip trimmer; lâmina h-5 com raio; selo metálico de aço 16mm; serra para tip trimmer (schuster); tambor 210 l branco solvente; óleo de xisto tipo “E”.

O contribuinte aduz que alguns itens foram retirados e outros não. Diz que a “Serra p/ trimmer (Schuster)” e o óleo de xisto Tipo “E” seriam essenciais em seu processo produtivo e não teriam sido retirados, no processo produtivo da oro recorrente. Cita trechos da Decisão *a quo*; Ementa do Acórdão CJF nº 0018-12/04; Instrução Normativa de outra Unidade Federativa; a Lei 7.014/96, o RICMS/BA/97; Decisão da Segunda Câmara Cível do TJ/BA em outra lide. Diz que as mercadorias objeto das imputações 11 e 12 são essenciais, sofrem desgaste durante o processo produtivo, pelo que deveriam ser afastadas integralmente as infrações 11 e 12 e consequentemente afastada a multa aplicada.

O contribuinte passa a contestar as multas aplicadas dizendo-as excessivas, confiscatórias e por isto inconstitucionais; cita a Decisão da Junta a respeito, os artigos 158 e 159 do RPAF/99; Decisão do STJ; alega boa-fé.

O contribuinte conclui pedindo:

- Preliminarmente, seja acolhida a preliminar de nulidade, em face da ausência de fundamentação motivacional das infrações apontadas no auto de lançamento no 269200.0110/12-5, bem como pela falta de apreciação, pelos julgadores da 3ª junta de julgamento, dos documentos juntados na impugnação.
- Sucessivamente, no caso de não ser acolhido o pedido preliminar, requer que, no mérito, o Recurso seja julgado procedente no sentido de reconhecer o correto procedimento adotado pela oro recorrente com relação as infrações 03, 04, 05, 09, 11 e 12 e parte da infração 10, determinando o cancelamento integral das infrações e a conseqüente baixa, por todos os motivos elencados;
- Em caso de não serem acolhidos os pedidos anteriores, requer, sucessivamente, que,

- verificada a boa-fé no procedimento dele, Recorrente, seja extinta ou, ao menos, reduzida a multa aplicada, a qual, no montante em que está aplicado, possuiria caráter confiscatório;
- Protesta pelo direito de realizar sustentação oral, na sessão de julgamento em segunda instância;
 - Requer que todas as intimações vindouras sejam realizadas por via postal, endereçada ao estabelecimento dele, Recorrente, conforme informado na qualificação do Recurso Voluntário, “sob pena de nulidade”.

O recorrente acosta documentos que identifica como sendo “*Doc. 01 – Documento de Identidade do Procurador Signatário; Doc. 02 – Cópia da Decisão Recorrida; Doc. 03 – livros fiscais de saída onde constam as notas fiscais de devolução com o debito do imposto para atender a infração 09. Doc. 04 – Cópia da documentação referente às infrações 03,04 e 05 do Auto de Infração nº. 269200.0110/12-5.*”

A PGE/PROFIS, por intermédio da Procuradora Maria Dulce Baleeiro Costa, emite Parecer às fls. 638 e 639 inicialmente aduzindo que o recorrente, em síntese, alega a nulidade da autuação por falta de fundamentação, uma vez que as acusações não estariam acompanhadas de elementos de prova do seu cometimento. Em seguida afirma que da análise dos autos vê que as infrações estão caracterizadas, fundamentadas em provas que cabia ao Fisco produzir o que permitiu a compreensão, pelo autuado, dos fatos que lhes foram imputados. Que, em relação ao mérito, o recorrente impugna as imputações 3, 4, 5, 9, 11 e 12.

Aduz que o contribuinte nega o recebimento das mercadorias de que tratam as imputações 3, 4 e 5, afirmando que o recebimento foi negado ao se perceber que não haviam sido solicitadas pela empresa. Que o contribuinte relata que não pode comprovar esta sua alegação com nota fiscal de retorno, pois as mercadorias sequer ingressaram no estabelecimento, dizendo que conseguiu comprovar com notas fiscais de entrada do próprio estabelecimento remetente, mas que isso não se deu em todas as operações, porque alguns fornecedores não atenderam às solicitações feitas nesse sentido.

A Procuradora então expõe que, no tocante às infrações 3, 4 e 5, vê que as notas fiscais não registradas se encontram nos autos, estando o autuado indicado como destinatário, e que a alegação recursal no sentido de que as mercadorias não foram recebidas, tendo retornado ao estabelecimento remetente, não veio acompanhada de prova necessária.

Que, em relação à infração 9, o contribuinte explica que as mercadorias eram tributadas, por se tratar de remessa para demonstração e teste, e que ao serem devolvidas eram emitidas notas fiscais com destaque do ICMS. Que o crédito fiscal era, então, nesse momento da devolução, utilizado para que anulasse o débito tributário gerado com as saídas para devolução. Que o contribuinte afirma já ter apresentado todas as provas junto com a Defesa, tendo trazido nesse momento cópias dos Livros de Entrada e Saída e, ao final, alega que não causou qualquer prejuízo ao Fisco. A Procuradora então aduz que, quanto à infração 9, vê que a JJF observou que as notas fiscais trazidas pelo defendente não correspondem a notas fiscais de devolução, pois são simples cópias das notas fiscais de remessa arroladas no levantamento fiscal e, considerando que não houve provas de que se trata de devolução de mercadorias para demonstração, e que a legislação veda utilização do crédito fiscal relativo a operação de aquisição amparada pela não incidência, não há como se acolher a alegação do recorrente.

Que, quanto às infrações 11 e 12, o contribuinte reitera os argumentos defensivos no sentido de que todos os produtos cujo crédito fiscal foi glosado pela Fiscalização são diretamente utilizados no processo industrial, devendo ser considerados como produtos intermediários, colacionando decisões do CONSEF para fundamentar seu entendimento. A Procuradora então aduz que em relação às infrações 11 e 12, vê que houve diligência realizada pela ASTEC, que exarou o Parecer Técnico nº 0014/2013, de fls. 414 a 426, o que lhe permite concluir que os bens remanescentes

nessas exigências fiscais não são utilizados diretamente no processo produtivo do autuado, pelo que não deve ser acatada a alegação recursal.

Afirma que as multas foram aplicadas de acordo com a legislação e que a apreciação das arguições de inconstitucionalidade não cabe a este Conselho de Fazenda.

Conclui opinando pelo Improvimento do Recurso Voluntário interposto.

Na assentada julgamento na 3ª CJF, o Advogado da empresa trouxe Memorial reiterando o teor do Recurso Voluntário em todos os termos, inclusive quanto à confissão do cometimento da imputação 7.

Contudo, ao se pronunciar oralmente, o Advogado observou que embora a empresa houvesse confessado tal cometimento da infração 07 em todas as suas manifestações anteriores no processo, inclusive no Memorial trazido à sessão da 3ª CJF, mas naquele momento da sua sustentação oral salientava que se insurgia também contra a infração 7, do que falaria ainda em seu pronunciamento.

Em relação às imputações 3 e 5 novamente pediu a realização da diligência que já solicitara no Recurso voluntário, e em relação à infração 5 pediu a redução, ou o cancelamento, da multa aplicada; em relação à imputação 9 reprisou a alegações recursais; em relação às imputações 11 e 12 também reprisou as alegações recursais, citou o texto de seu Memorial e frisou a participação do óleo combustível que identificou como “xisto tipo BFP OC – 1A e OC-3A”, dizendo-os essenciais à produção, porque gerariam o calor necessário à prensagem os pneus, dentre outros pontos.

Passou a se manifestar sobre a imputação 07 aduzindo que as operações de transporte objeto desta acusação seriam atinentes às mercadorias objeto das imputações 11 e 12. Que a imputação 7 seria integralmente improcedente mas que no mínimo, por decorrência lógica, uma vez que a JJF já havia declarado a improcedência de parte das acusações 11 e 12, por ter reconhecido que se tratava de operações de aquisição de insumos, então que a 3ª CJF observasse a necessidade da exclusão da cobrança de ICMS, no item 07, em relação aos itens já excluídos nas imputações 11 e 12, por coerência.

Pediu o julgamento pela improcedência da parte não reconhecida da autuação.

Às fls. 651 a 653 (volume III), considerando as alegações do contribuinte em assentada de julgamento e os dados do processo, inclusive o pronunciamento consentâneo da Representante da PGE/PROFIS presente à sessão, Procuradora Maria Dulce Hasselman Rodrigues Baleeiro Costa, a 3ª CJF deliberou pela conversão do feito em Diligência à INFAZ de Origem solicitando que fossem tomadas as seguintes providências:

Pelo autuante:

1. Elaborasse demonstrativo da Infração 7 discriminando, por períodos mensais, os números dos Conhecimentos de Transporte Rodoviário e de Cargas - CTRCs e vinculando cada CTRC às suas notas fiscais respectivas, identificando neste demonstrativo, para cada nota fiscal, as mercadorias respectivas, os valores de cada operação de transporte e do crédito fiscal respectivo a cada mercadoria, conforme destacado no CTRC.
2. Caso no levantamento originário da imputação 7 constassem operações de transportes dos itens: escovas para raspadora 200 x 319,5; navalhas descartáveis stanley 11301; lâminas h-5 com raio; lâminas para emenda 250mm; serras p/tip trimmer (schuster); facas aço inox 24608/080 Tramontina; faca larga 18mm estilete; faca rotativa para corte de lona; selos metálicos de aço 16mm; tesoura forjada reforçada costura 20cm cod.270/08 sr. e selos metálicos de aço 16mm, elaborasse dois demonstrativos separados, conforme parâmetros do item 1 daquela solicitação de diligência, contendo, o primeiro demonstrativo, apenas os dados das operações de transporte das mercadorias:

- escovas para raspadora 200 x 319,5;
- navalhas descartáveis stanley 11301;
- lâminas h-5 com raio;
- lâminas para emenda 250mm;
- serras p/tip trimmer (schuster);
- facas aço inox 24608/080 Tramontina;
- faca larga 18mm estilete;
- faca rotativa para corte de lona;
- selos metálicos de aço 16mm;
- tesoura forjada reforçada costura 20cm cod.270/08 sr.;
- selos metálicos de aço 16mm;

E o segundo demonstrativo contendo apenas as operações de transporte sem estas mercadorias.

Em cada demonstrativo solicitou-se ao autuante discriminar o valor de débito de ICMS mensal exigível.

Solicitou ainda que a INFAZ de origem cientificasse o autuado e demais providências administrativas, devendo então o processo ser encaminhado à PGE/PROFIS para emissão de Parecer conclusivo sobre a matéria da irresignação recursal incluindo a insurgência do contribuinte acerca da imputação 7.

Em atendimento à solicitação de diligência da 3ª CJF o autuante pronunciou-se às fls. 659 a 662 narrando os termos da irresignação do contribuinte acerca da infração 7, os termos da solicitação de diligência e em seguida expondo que a 3ª Câmara solicitara diligência para que fossem apresentados novos demonstrativos indicando, mensalmente, as mercadorias transportadas relativas a cada conhecimento de transporte, relacionando-as à respectiva nota fiscal, com os valores de frete e ICMS sobre frete incidente por mercadoria; que em se encontrando operações com as mercadorias listadas na solicitação de diligência, fosse elaborado demonstrativo, em apartado, das operações com as mesmas.

Que assim, tendo como suporte as operações discriminadas pelo contribuinte nos arquivos magnéticos SINTEGRA – exercícios de 2008 a 2010, bem como sua Escrituração Fiscal Digital (EFD) – exercícios de 2011 a abril de 2012, então ele, autuante, discriminou os materiais transportados e as respectivas notas fiscais vinculadas a cada operação de transporte (CTRC), destacando o ICMS sobre frete em cada uma delas. Que após identificar as mercadorias transportadas em tais operações, verificou que não houve, nas operações de transporte discriminadas na Infração 07, movimento de carga com tais mercadorias.

Que, desta forma, foi elaborado um único novo demonstrativo, onde as colunas em vermelho representam os dados solicitados pela 3ª CJF em seu pedido de diligência, ressaltando que não houve qualquer modificação em relação aos valores de ICMS lançados.

Explicou que o resultado apurado na diligência não poderia ter sido outro, já que as Infrações 11 e 12 referem-se a operações em que houve o aproveitamento de crédito do ICMS por conta da entrada de mercadorias, e a Infração 7 trata de operações com mercadorias em que não houve o aproveitamento de crédito do ICMS por parte do contribuinte, mas sim o aproveitamento de crédito indevido do ICMS sobre os serviços de frete respectivos, ou seja, operações com materiais sem aproveitamento do crédito do ICMS, ao mesmo tempo em que houve o aproveitamento de crédito do ICMS sobre os respectivos serviços de transporte.

O autuante concluiu expondo que, desta forma, restou evidenciado que os fatos geradores do ICMS discriminados nas infrações 11 e 12 nada têm a ver com os fatos geradores discriminados na infração 7.

Acostou demonstrativos às fls. 663 a 759 denominados “Anexo 05-A - Demonstrativos de crédito

indevido do ICMS nas prestações de serviços de transporte de bens e mercadorias em operações onde não se permite o aproveitamento do imposto”, nos quais discriminados todos os itens originariamente objeto da infração 7, dados individualizados por operação e por períodos mensais, totalizando o mesmo valor de ICMS lançado no Auto de Infração para Infração 7 no montante de R\$73.075,67 (fl. 759).

Cientificado do resultado da diligência atinente à infração 7, o contribuinte pronunciou-se às fls. 761 a 768 historiando parte dos dados do processo e citando que teria apresentado impugnação quanto às imputações 3, 4, 5, 7, 9, 11, 12 e parte da infração 10, reconhecendo as demais e pagando o imposto respectivo. Que foram interpostos Recursos e no julgamento desses foi determinada a baixa do processo em diligência porque, segundo diz o autuado, não teria sido possível individualizar os valores da infração 7 e, sem os “valores líquidos” não teria sido possível o julgamento dos Recursos apresentados.

O contribuinte então passa a pronunciar-se sobre a imputação 09 aduzindo que esta trata de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com não incidência do imposto. Que apesar de ter apresentado todos os argumentos e documentos atinentes a todas as suas impugnações, mas que então anexava aos autos as notas fiscais de entradas arroladas no Auto de Infração com a sua respectiva nota de saída, com destaque de imposto, com o que estaria comprovando que não teria havido lesão ao erário. Aduz que a JJF entendera que caberia a ele, recorrente, carrear aos autos, para cada operação de entrada de mercadoria destinada a demonstração arrolada no levantamento fiscal, a comprovação inequívoca de que promovera o correspondente retorno com débito no mesmo valor registrado na entrada e que ele, contribuinte, já teria feito tal prova mas que, para que não restassem dúvidas acerca do seu procedimento, anexava, para cada operação de entrada mercadoria destinada a demonstração arrolada no levantamento fiscal, as respectivas notas de saídas das mesmas mercadorias constantes das notas fiscais de entradas arroladas no Auto de Infração, com débito no mesmo valor registrado na entrada, o que aduz comprovaria que ele, recorrente, promovera o correspondente retorno com débito no mesmo valor registrado na entrada. Elabora tabela às fls. 766 e 767 aduzindo que no Auto de Infração os valores estão apontados por mês, e na sua planilha estão indicados por nota fiscal. Pede a juntada das notas fiscais de saídas que apresenta e repete as alegações de ausência de prejuízo ao erário. Acosta cópias de notas fiscais às fls. 773 a 797.

O autuante pronuncia-se às fls. 802 a 810 historiando os dados do processo, aduzindo ser totalmente intempestiva a manifestação do autuado sobre a infração 9, e em seguida realizando revisão fiscal no lançamento respectivo. Afirmou que várias das notas relativas à infração 9, conforme arroladas no Anexo 06 do Auto de Infração, não tiveram as notas fiscais de devolução respectivas anexadas pelo contribuinte, indicando que as operações de entradas não tributadas não se converteram em operações tributadas, como alegado pela defesa, e assim para estas operações permanece o contribuinte sem direito ao crédito fiscal; que a maior parte das notas físicas de devolução acostadas pelo autuado tem data posterior ao período de apuração em que houve a entrada respectiva, e desta forma o crédito indevido impactou em recolhimento a menor de ICMS no período. Que algumas das devoluções ocorreram em até quinze meses após a entrada respectiva e assim, em tais operações, a devolução com destaque do imposto em período posterior ao da entrada respectiva não corrige o erro relativo ao aproveitamento do crédito indevido do ICMS, e que assim ele, autuante, entende que o lançamento deve ser mantido em tais situações.

Prossegue expondo que, em outras situações, a nota fiscal de devolução apresenta valores completamente incompatíveis com a respectiva entrada do bem, indicando não se tratar da devolução integral dos mesmos

Porém que somente em pequeno número de ocasiões as devoluções tributadas ocorreram no mesmo período de apuração em que houve as entradas respectivas, de forma que realmente não

ocasionou o recolhimento a menor do ICMS, não afetando, portanto, os cofres públicos, e considerando esta situação elabora novo demonstrativo de débito referente ao Anexo 06 do Auto de Infração, relativo à imputação 9, no qual estão discriminadas as situações que relatou, tendo sido reduzido, do lançamento originário de R\$47.252,09, o valor de R\$5.233,51, relativo às Notas Fiscais de Entrada nºs 29.273, 69.839 e 758, de julho de 2009; 9500, de dezembro de 2009; 16.765, de julho de 2010 e 17.828, de agosto de 2010. Que os valores de ICMS desonerado referem-se a estas devoluções ocorridas no mesmo período de apuração do imposto.

Prossegue expondo que as operações de entradas de bens e mercadorias amparadas pelos documentos fiscais listados no demonstrativo de débito acostado aos autos não dão direito ao autuado de aproveitar o crédito do imposto, já que não correspondem a aquisições de insumos (material de embalagem, matéria-prima, materiais intermediários) cujas saídas posteriores são tributadas. Que as operações de remessa para demonstração, empréstimo ou quaisquer outras desta natureza, objeto da autuação, não permitem ao autuado a utilização do crédito fiscal vinculado a estas operações mesmo que o imposto venha destacado nos documentos fiscais.

Conclui pedindo o julgamento pela manutenção parcial da infração 9 conforme revisado, acostando os demonstrativos revisados das operações atinentes aos exercícios de 2009 e de 2010 às fls. 811 a 813.

Cientificado, conforme documentos de fls. 814 a 818, o contribuinte novamente se pronunciou às fls. 823 a 832 novamente historiando os dados do processo e contestando o resultado da revisão realizada quanto à infração 9, citando números de notas fiscais e dados relativos a operações que diz referirem-se às mesmas, reprisando parte dos argumentos recursais e afirmando que o Fisco não teria apresentado demonstrativos atinente a 2009, e aduzindo que sobre as operações de envio de peças e máquinas para demonstração e teste oriundas de outros Estados, estas teriam sido devolvidas para os fornecedores, sendo emitida uma nota de saída das mercadorias com o devido destaque do imposto no ano de 2009, citando que:

“- Com relação à nota fiscal 23375, com ICMS destacado no valor de R\$ 3.466,42, a mercadoria constante na referida nota foi devolvida pela nota fiscal 1150 (doc. em anexo), sendo a devolução efetivada dentro do mesmo mês em que a mercadoria foi recebida pela empresa, qual seja, março de 2009, não havendo qualquer motivo para a fiscalização não abater o ICMS constante nessa operação da infração.

- Com relação à Nota fiscal 1115, com ICMS no valor de R\$ 1.750,00, a mercadoria constante na referida nota fiscal foi devolvida através da nota fiscal número 1379 (documento em anexo), tendo ocorrido a devolução no mesmo dia em que foi dada a entrada da mercadoria. Elucida-se apenas que há uma diferença do ICMS da entrada (R\$ 1.750,00) para o valor do ICMS de saída (R\$ 3.000,00), pois a mercadoria quando deu entrada no ora Requerente veio procedente do Estado do Rio Grande do Sul e, portanto, incidindo uma alíquota de 7% (sete por cento), sendo que na saída a ora Requerente teve que destacar o ICMS a uma alíquota de 12% (doze por cento). Destaca-se que tal procedimento não trouxe qualquer tipo de proveito econômico para a ora Requerente, tão pouco prejuízo para o Estado da Bahia, desta forma também deve ser excluído o valor de R\$ 1.750,00 da infração de número 09.

- Com relação, a nota fiscal 14642, com ICMS no valor de R\$ 5.512,50, a mercadoria constante na referida nota foi devolvida pela nota fiscal 3705, em 08/12/2009, no com destaque de ICMS no mesmo valor da entrada, o simples fato da devolução ter ocorrido em um mês diferente da entrada, não acarreta qualquer proveito econômico para o ora Requerente bem como dano ao erário, pois o débito gerado na saída apenas anulou o crédito gerado na entrada, não restando motivos para que esse valor seja mantido na infração, ora combatida.

- Imagina-se que a fiscalização não tenha excluído o ICMS constante nas notas fiscais 6297 e 4451, pois a devolução das mercadorias constantes nestas notas fiscais se deu em mês diferente da entrada das mercadorias, no entanto, conforme acima explanado, tal procedimento não acarreta qualquer prejuízo para o Estado da Bahia, pois, a devolução foi feita com destaque de ICMS exatamente no mesmo valor da entrada, sendo que o valor do creditado na entrada da mercadoria foi estornado no momento da saída da mercadoria.

- Com relação as operações de envio de peças e máquinas para demonstração e teste oriundas de outros estados, as quais foram devolvida para os fornecedores, sendo emitida uma nota de saída das mercadorias com o devido destaque do imposto no ano de 2010, não admitidas pela fiscalização elucida-se que:

- A nota fiscal 7820, com ICMS destacado no valor de R\$ 210,00, foi devolvida pela nota fiscal 9804

(documento em anexo). Elucida-se apenas que a nota fiscal 9804 contem outras mercadorias além da mercadoria constante na nota fiscal 7820, no entanto, o ICMS está destacado por mercadoria, sendo que o valor de R\$ 210,00 é referente ao cilindro hidráulico auxiliar prensa PHB 12 x 300, o qual consta nas duas notas fiscais.

- Com relação a nota fiscal 8553, com ICMS no valor de R\$ 1.400,00, devolvida pela nota fiscal 9677 e a nota fiscal 273723, com ICMS no valor de R\$ 8.065,55, devolvida pela nota fiscal 29266, verifica-se que o único motivo alegado pela fiscalização para não afastar esses valores da infração ora combatida, foi que a devolução destas mercadorias ocorreu em um mês diferente da entrada da mercadoria. No entanto, o simples fato da devolução ocorrer em um mês diferente da entrada não acarreta qualquer tipo de dano ao erário, pois, se houve um crédito no mês da entrada, posteriormente, houve um débito no mês da saída, exatamente no mesmo valor, conforme comprovado pelas notas fiscais de entrada e devolução, não havendo diferença se a entrada e a devolução ocorreram no mesmo mês, ou em meses diferentes. Ademais, conforme já referido anteriormente essa tipo de operação é de remessa de mercadoria para teste é tributada e, portanto, está correto o procedimento adotado pela ora Requerente.

- Com relação a nota fiscal 8607, com ICMS no valor de R\$ 574,00, a fiscalização alega que a devolução foi em valor inferior ao valor da entrada. Neste caso, elucida-se que a devolução da mercadoria foi parcial, sendo que apenas parte da mercadoria foi devolvida pela nota fiscal 16764, com destaque de ICMS no valor de R\$ 210,00, sendo o restante da mercadoria devolvida em outra nota fiscal. Apesar de tratar-se de uma devolução parcial, o ICMS pago no valor de R\$ 210,00 deve ser abatido da presente infração.

- Com relação a nota fiscal 9828, com ICMS no valor de R\$ 1.400,00, esclarece a ora Requerente que a devolução desta mercadoria ocorreu em duas notas fiscais, sendo parte da mercadoria devolvida através da nota fiscal 13621, com ICMS no valor de R\$ 1.260,00 e parte através da nota fiscal 9804, com ICMS no valor de R\$ 140,00, referente a mercadoria ANEL DE ACO - 6.949 NF: 0009828. Desta forma, comprova-se que o valor de R\$ 1.400,00 de ICMS creditado quando do recebimento da nota fiscal 9828, foi estornado com a devolução da mesma mercadoria através das notas fiscais 9804 e 13621, as quais geraram um débito exatamente no mesmo valor da entrada.

- Com relação a nota fiscal 249, com ICMS no valor de R\$ 393,65, alega a fiscalização que a mercadoria foi devolvida 12 meses após a entrada da mercadoria, apesar de entender a ora Requerente que procedimento não traria qualquer tipo de restrição para excluir o valor de ICMS constante nestas notas da presente infração, elucida-se que diferentemente do que alega a fiscalização, o mercadoria constante na nota fiscal 249 foi devolvida pela nota fiscal 22984, em 11/11/2010, ou seja, no mesmo mês de entrada da mercadoria.

- Com relação a nota fiscal 10796, com ICMS no valor de R\$ 630,00, devolvida pela nota fiscal 16765; nota fiscal 11503, com ICMS no valor de R\$ 210,00, devolvidas pelas notas fiscais 16764 e 16765; nota fiscal 11707, no valor de R\$ 238,00, devolvida pela nota fiscal 16764, elucida-se que tratam-se de devoluções parciais, devendo ser afastado o ICMS no exato valor que está sendo comprovada a sua devolução."

O contribuinte prossegue reexpondo que apesar da infração 9 ter sido em função de a empresa ter utilizado indevidamente crédito fiscal do ICMS referente a operações não tributadas (remessa para demonstração, empréstimo e outras operações que indicam que a operação não está no campo de incidência do imposto), também teriam sido incluídas operações de remessa de mercadoria por parte do Requerente, que, posteriormente, foram devolvidas pelos adquirentes. Afirma ser este o caso das Notas Fiscais n^{os} 3068, com ICMS no valor de R\$1.260,00; 18293, no valor de R\$ 10.472,77; 16939, no valor de R\$ 210,39.

Que, assim, as Notas Fiscais n^{os} 3068, 18293 e 16939, são notas fiscais de devolução de mercadorias, que haviam sido vendidas pelo Requerente, tendo ocorrido a saída das mercadorias com destaque de ICMS, e que quando as mercadorias foram devolvidas pelos clientes, o Requerente tomou o crédito na entrada das mercadorias, anulando o débito gerado na entrada. Que este procedimento não trouxe dano ao erário, pelo que também deveriam ser excluídos da infração 09 os valores de ICMS referente a tais operações.

Conclui pedindo que sejam afastados todos os valores de ICMS entendidos como indevidos pela fiscalização nas operações venda de sucata e de envio de peças e máquinas para demonstração e teste oriundas de outros Estados, as quais foram devolvidas para os fornecedores, sendo emitida uma nota de devolução das mercadorias com o devido destaque do imposto, porque tal procedimento não teria trazido proveito econômico para o Requerente, e não teria acarretado dano ao erário, porque o crédito tomado na entrada das mercadorias teria sido anulado com o

débito gerado na devolução das mesmas mercadorias.

Acostou sete cópias de notas fiscais, duas destas cópias repetidas.

A PGE/PROFIS, por intermédio da Procuradora Maria Dulce Baleeiro Costa, emite Parecer à fl. 859/verso relatando os fatos posteriores ao Parecer PGE/PROFIS de fls. 639 e 640, e aduzindo que depois da realização da diligência relativa à imputação 7, tendo-se como resultado que as exclusões realizadas nas infrações 11 e 12 não geram consequência para a infração 7, o contribuinte não se pronunciou a respeito tendo, contudo, pronunciado-se quanto à infração 9 e acostando novos documentos.

Que o autuante realizou nova diligência após esse pronunciamento do autuado, quando acolhendo parte dos argumentos apresentados acostou os novos demonstrativos para a imputação 9, às fls. 811 e 813, reduzindo parcialmente o débito respectivo; que depois desta revisão fiscal o contribuinte nada trouxe de novo. Que entende, então, que deve ser dado provimento parcial ao Recurso voluntário, reduzindo-se o montante referente à infração 9, reiterando, quando ao demais, os termos do Parecer de fls. 639 e 640.

VOTO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário interpostos no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância. O objeto do Recurso de Ofício é a desoneração de parte das imputações 3, 5, 10, 11, 12 e da integralidade da imputação 4; o objeto do Recurso Voluntário, inclusive conforme sustentação oral do contribuinte na primeira sessão de julgamento de segundo grau neste Conselho, é a integralidade das imputações 3, 4, 5, 7, 9, 11, 12 e parte da imputação 10.

Foi reconhecido pelo contribuinte o cometimento das infrações 1, 2, 6, 8 e de parte da imputação 10.

Preliminarmente, no que tange ao pedido de declaração de nulidade do lançamento de ofício verifico que, tal como já devidamente apreciado no julgamento de Primeira Instância, estão presentes os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos tributários reclamados, não estando, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, incursos nas hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/99.

Ademais ficou evidenciado, tanto da impugnação ao lançamento de ofício, quanto do teor do Recurso Voluntário, que o contribuinte entendeu as imputações, tendo recebido os demonstrativos atinentes às mesmas e exercido tempestivamente seu direito de defesa tendo, inclusive, pronunciado-se quanto ao mérito neste processo, inclusive reconhecendo o cometimento de parte das irregularidades apontadas pelo Fisco. Argüição de nulidade do Auto de Infração rejeitada.

Quanto à Decisão da JJF, esta também foi devidamente motivada, inclusive tendo sido determinada a realização de diligência na busca da verdade material, e contendo, o didático voto que lastreia a Decisão de base, todos os dados necessários à perfeita elucidação do quanto julgado. A observação do contribuinte no sentido de que a JJF não teria analisado os documentos trazidos aos autos colide com a verdade demonstrada no texto do Acórdão objeto do Recurso. A JJF apenas, quando do julgamento, não acolheu todas as alegações realizadas pelo contribuinte. Argüição de nulidade do julgamento *a quo* igualmente rejeitada.

As diligências realizadas preencheram a necessidade de elucidação dos fatos, pelo que nenhuma outra se faz necessária à formação de meu convencimento.

Assinalo, por oportuno, que está afastada da competência deste contencioso administrativo a apreciação de inconstitucionalidade, e de ilegalidade de dispositivo normativo em vigor, nos termos do artigo 125 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB.

As multas aplicadas estão previstas no artigo 42 da Lei nº 7.014/96. O contribuinte não comprova boa-fé, e nem que a inexistência de prejuízo ao erário em razão das infrações cometidas, condições necessárias à redução de multas por descumprimento de obrigações acessórias.

A apreciação de pedido para redução, ou cancelamento, de multa por descumprimento de obrigação principal, não pode ser apreciado por esta instância de julgamento.

Passo à análise do Recurso de Ofício. Conforme já dito neste voto, o objeto do Recurso de Ofício é a desoneração de parte das imputações 3, 5, 10, 11, 12 e da integralidade da imputação 4.

A desoneração relativa às imputações 3, 4, 5 e 10 deu-se em razão de o autuante, quando da prestação da informação fiscal, ter verificado a procedência de parte dos argumentos apresentados pelo contribuinte, devidamente apoiados em provas que foram carreadas aos autos, conforme já detalhado no voto do digno Relator de primeira instância, transcrito no Relatório que antecede este meu voto.

Quanto às imputações 11 e 12, a JJF, de forma criteriosa, encaminhou o PAF para a realização de diligência por Fiscal estranho ao feito, para verificar quais das mercadorias objeto dessas acusações se caracterizavam como material de uso e consumo, e quais se caracterizavam como insumo.

O Diligente intimou o contribuinte para que o contribuinte detalhasse o uso de cada mercadoria em seu processo produtivo, e fez a verificação *in loco*. Com base nos dados coligidos, elaborou planilha, acostada às fls. 419 a 426, na qual descreveu os dados de cada documento fiscal objeto do levantamento, bem como os valores de operação, de ICMS cobrado, e de uso no processo fabril. O contribuinte recebeu cópia dos documentos elaborados na Diligência realizada e se pronunciou nos autos.

De posse de tal planilha, a Junta realizou o minucioso trabalho de excluir, do levantamento fiscal originário, os itens que, de fato, são insumos de produção, e não bens de uso e consumo. A Junta cuidadosamente elaborou duas planilhas, incluídas no voto de base, nas quais identifica respectivamente, para a infração 11 e para a infração 12, em cada mês, quais foram os valores de cada item que foram excluídos do levantamento originário, e quanto restou a ser cobrado do sujeito passivo.

E nessas mesmas planilhas incluídas no voto de base está demonstrada a desoneração realizada em cada período mensal, e o débito histórico mensal de ICMS remanescente após o julgamento. Assim, conforme os dados das mencionadas planilhas do voto *a quo*, e os dados do demonstrativo elaborado pelo Diligente (fls. 419 a 426) a JJF excluiu os seguintes produtos: escovas para raspadora 200 x 319,5; navalhas descartáveis stanley 11301; lâminas h-5 com raio; lâminas para emenda 250mm; serras p/tip trimmer (schuster); facas aço inox 24608/080 Tramontina; faca larga 18mm estilete; faca rotativa para corte de lona; selos metálicos de aço 16mm; e tesoura forjada reforçada costura 20cm cod.270/08 sr.

Observo que no texto do voto do Acórdão de base o digno Relator cita, equivocadamente, a não exclusão, do lançamento fiscal, do item “selos metálicos de aço 16mm”, mas verifico que tais selos foram excluídos, conforme dados descritos nas planilhas que embasam a Decisão relativamente a estas duas imputações, e somatório de cálculo referente às mercadorias objeto do lançamento, nas mesmas planilhas, no campo “Exclusões Efetuadas”.

Comungo do entendimento da JJF quanto a que os itens eliminados do levantamento fiscal originário, nas imputações 11 e 12, são insumos, conforme a descrição constante nas planilhas acostadas pelo Fiscal Diligente às fls. 419 a 426, pelo que improcedentes as cobranças fiscais relativas a utilização indevida de crédito (Infração 11) e a diferença de alíquota (Infração 12) em relação estes itens, tal como já exposto na Decisão de base.

Voto pelo não provimento do Recurso de Ofício.

Passo à apreciação do Recurso Voluntário.

O objeto do Recurso Voluntário é a integralidade das imputações 3, 4, 5, 7, 9, 11, 12 e o débito relativo às datas de ocorrência de 28/02/2010 e de 30/04/2010, estas em relação à Infração 10.

Foi reconhecido pelo contribuinte, dentre outros pontos, a procedência da acusação fiscal em relação aos fatos geradores com datas de ocorrência de 28/02/2010 e de 30/04/2010, em relação à Infração 10.

A parte da imputação 10 que foi impugnada pelo autuado, relativa à data de ocorrência de 31/03/2010, e a imputação 4 como um todo, já foram reconhecidas como improcedentes pelo autuante, em sede de informação fiscal, e pela JJF.

Assim, preliminarmente observo que falece interesse recursal ao contribuinte quanto às imputações 4 e 10 posto que a imputação 04 foi julgada improcedente, e a imputação 10 foi julgada procedente apenas quanto à parte expressamente reconhecida pelo autuado, ainda em sede de impugnação ao lançamento.

Por conseguinte, resta prejudicado o Recurso Voluntário quanto às mesmas.

Em relação às imputações 3 e 5, os documentos que o contribuinte colaciona ao Recurso Voluntário, cópias de nota fiscal de devolução emitida pela empresa “*Plastreia Embalagens Flxíveis Ltda.*” (atinentes à reconhecida improcedência da imputação 4) e cópias de notas fiscais de saídas e de posteriores entradas emitidas pelo fornecedor “*Comercial Elétrica DW Ltda.*” já foram objeto de apreciação e acolhimento pelo autuante quando da prestação da informação fiscal, e posteriormente pela JJF, do que resultou a redução do débito relativo às imputações 3 e 5. Portanto, o contribuinte nada traz que convalide sua alegação de não recebimento das demais mercadorias, ou de “retorno”, ou mesmo de “devolução” das mesmas.

Comungo do entendimento da JJF e da PGE/PROFIS e voto no sentido da manutenção da Decisão de base quanto à procedência parcial das imputações 3 e 5.

Quanto à imputação 7, mostra-se necessário esclarecer que, conquanto o dito pelo contribuinte às fl. 764 e 824 dos autos deste processo, acerca de ter impugnado a Infração 7, observa-se dos documentos que compõem este processo que o sujeito passivo, ainda em fase instrutória do PAF, à fl. 55 dos autos, em Ofício dirigido a esta SEFAZ/BA, confessa de forma expressa reconhecer o cometimento desta infração 7, nos seguintes termos “*Borrachas Vipal Nordeste S.A, (...) vem por meio deste solicitar a SEFAZ-BA reconhecimento do Auto de Infração 2692000110/12-0, apenas a infração 07 – 01.02.02 no valor de R\$ 73.075,67, com data de vencimento 16/08/2012 para pagamento parcial*” e acosta, à fl. 58, cópia de DAE constando este montante de R\$73.075,67 como valor principal a ser recolhido aos cofres públicos. Este valor principal é o montante integral de ICMS lançado de ofício para esta imputação 07. Em novo pronunciamento, ainda em fase de impugnação originária ao lançamento de ofício, à fl. 81 o contribuinte novamente afirma “*No tocante as operações e notas fiscais autuadas nas Infrações 1, 2, 6, 7 e 8 do Auto de Infração ora combatido, a ora Impugnante, fazendo jus ao que dispõe a legislação pertinente, reconhece a integralidade do tributo cobrado.*”

Em seguida, no Recurso Voluntário interposto, à fl. 572 dos autos deste processo mais uma vez o contribuinte reafirma o reconhecimento da infração 7 ao expor que “*Irresignada com tal indeferimento a ora recorrente apresentou impugnação quanto as infrações 3, 4, 5, 9, 11 e 12 e parte da infração 10, reconhecendo as demais infrações, inclusive realizando o pagamento das mesmas.*”

Na assentada de julgamento em segunda instância o contribuinte trouxe à mesa Memorial resumindo as alegações recursais, no qual novamente expressado o reconhecimento do cometimento da imputação 7 mas, no momento de fazer a sustentação oral, explicou que embora houvesse confessado o cometimento da imputação 7 inclusive no Memorial que então

apresentava, todavia naquele momento de seu pronunciamento oral a impugnava, aduzindo que talvez por equívoco da empresa houvesse sido admitido o cometimento da imputação 7, contra qual ali se contrapunha porque, segundo entendia, a imputação 7 teria conexão com as imputações 11 e 12, julgadas parcialmente procedentes em primeiro grau.

Uma vez que a imputação 7 houvera sido reconhecida de forma expressa, pelo que até então quanto a essa inexistindo lide a ser apreciada por este Contencioso administrativo, então diante dessa nova insurgência apresentada, na busca da verdade material a 3ª CJF deliberou, em assentada de julgamento, no sentido de que o questionamento do sujeito passivo acerca da conexão entre as operações objeto da infração 7 e as operações objeto das infrações 11 e 12, em parte julgadas improcedentes em primeira instância, necessitava que o autuante se pronunciasse a respeito, o que foi solicitado e atendido de forma meticulosa, com elaboração de demonstrativo fiscal, às fls. 663 a 759, no qual novamente lançado o exato valor originariamente exigido no Auto de Infração, inicialmente reiteradamente reconhecido como devido pelo contribuinte, e depois contestado sob alegação de suposta conexão com as operações relativas às imputações 11 e 12, o que de fato não se configura, tal como afirmado e comprovado pelo agente fiscal na revisão realizada e explicada às fls. 659 a 662. O contribuinte, ao ser cientificado do resultado da diligência que pedira em assentada e julgamento já em segunda instância, especificamente dirigida à imputação 7, silenciou quanto ao resultado referente à multicitada acusação 7, e passou a se pronunciar sobre a imputação 9, que não houvera sido objeto da mencionada diligência. Ou seja, o resultado da diligência fiscal quanto à manutenção integral do lançamento do débito tributário relativo à infração 7 não foi contestado pelo sujeito passivo.

Em relação à imputação 7, portanto, diante das conclusões e dados minuciosos expostos pelo Fisco às fls. 659 a 759, resta integralmente mantida posto que demonstrado, operação a operação, pelo Fisco, que o serviço de transporte cujo crédito foi indevidamente utilizado, alvo da acusação 07, não guarda relação com as operações objeto das imputações 11 e 12, e o contribuinte não logrou apontar qualquer equívoco no lançamento a esta acusação referente, sequer comentando, quando para tanto disponibilizado-lhe prazo, o resultado da revisão que pedira.

Voto no sentido da manutenção da Decisão de base quanto à procedência integral da imputação 7, embora não sob o fundamento da não impugnação originária, posto que depois a acusação veio a ser contestada pelo sujeito passivo, mas pela comprovação, pelo Fisco, da correção do lançamento.

No que tange à imputação 9, o contribuinte confessa o uso do crédito em operações sem incidência do imposto, mas alega que se teria debitado, concomitantemente, ao emitir notas fiscais de devolução das mercadorias que recebera em operações fora do alcance do ICMS. Não comprova a totalidade de suas alegações em sede e impugnação, ou em fase recursal. Os documentos que traz ao processo quando do Recurso são cópias de páginas de livros fiscais emitidos eletronicamente, nas quais estão citadas notas fiscais, o que não comprova que, como quer fazer crer o autuado, embora tenha errado quanto ao procedimento que adotou nas operações objeto da imputação 9, não teria praticado o uso indevido de crédito porque teria recolhido o imposto nas saídas posteriores que teria efetuado, devolvendo as mercadorias. Assinalo, inclusive, que escrituração de livro fiscal não comprova recolhimento de imposto.

Porém, já após a interposição do Recurso, o contribuinte carrou aos autos tabela e vinte e cinco cópias de algumas notas fiscais, e depois mais seis cópias, algumas dessas cópias repetidas, alegando que restaria elidida a acusação em relação à totalidade das operações, o que não se configura. Em revisão efetivada pelo autuante em segunda instância foram excluídos os valores atinentes aos retornos com tributação nas saídas no mesmo período de apuração, em razão de ausência de prejuízo ao erário quanto ao cumprimento da obrigação principal. Assinalo, por oportuno, que o autuante elaborou demonstrativo referente também ao exercício de 2009, acostando-o à fl. 813, sendo o demonstrativo das fls. 811 e 812 aquele relativo ao exercício de

2010. O contribuinte de todos recebeu cópia, conforme documentos de fls. 814 a 818 dos autos. As argumentações que trouxe em seguida não restaram provadas no processo, inclusive algumas das notas fiscais que cita, a exemplo das Notas Fiscais nºs 23375 e 1150, 1115 e 1379, 14642 e 3705, 6297 e 4451, dentre outras, não integram o levantamento realizado.

Analisando os documentos apresentados pelo contribuinte, observo que quanto à Nota Fiscal nº 7820, à fl. 766 o autuado em primeiro momento diz que teria sido devolvida pela Nota Fiscal nº 2061 de 28/05/2009 (fl. 790), e em segundo momento, à fl. 829, aduz que a mesma mercadoria foi devolvida pela Nota Fiscal nº 9804, mas não anexa tal documento ao processo, pelo que não se pode comprovar se refere-se à Nota Fiscal nº 7820, e se as operações de entrada e de saída ocorreram dentro do mesmo mês. Não foi comprovada a devolução e, inclusive diante de tal contradição do contribuinte na citação de dados, resta mantida a acusação quanto ao débito relativo à Nota Fiscal nº 7820.

Quanto à Nota Fiscal nº 8607 (demonstrativo fiscal à fl. 811, mês de abril/2010), o contribuinte alega devolução parcial da mercadoria com a Nota Fiscal nº 16764, pedindo que o valor de imposto de R\$210,00 fosse excluído do demonstrativo fiscal de fl. 811. Observo que neste consta a cobrança, para abril/2010, de ICMS no valor de R\$641,90, pelo que se deduzido o valor de R\$210,00 restaria a cobrar R\$431,90. Embora se trate de bem fungível, no DANFe da Nota Fiscal-e nº 0016764 (fl. 778), consta a referência expressa à Nota Fiscal nº 8607, discriminando a saída, para o mesmo produto “suporte metálico para rolete”, pelo que a princípio procederia a alegação recursal, se não fora a data de emissão do DANFe que se referiria à devolução alegada, em 21/07/2010, ou seja, três meses depois do período mensal de apuração do imposto no qual utilizado indevidamente o crédito fiscal. Restou caracterizado o prejuízo ao erário em abril/2010.

O DANFe referente à Nota Fiscal-e nº 13621 (fl. 780) foi emitido em 16/06/2010, e o crédito fiscal relativo à Nota Fiscal nº 9828, emitida em 10/05/2010 (objeto da imputação, demonstrativo fiscal à fl. 811). Assim, não se tratou do mesmo período de apuração do ICMS. Por outro lado, conforme já dito neste voto, a Nota Fiscal nº 9804, citada na última manifestação do contribuinte, não está acostada aos autos. Caracterizado o prejuízo ao erário.

No que tange à Nota Fiscal nº 10796, emitida em 16/06/2010 (demonstrativo à fl. 811), o contribuinte aduz que na Nota Fiscal nº 16765, emitida em 21/07/2010 (fl. 795), foi devolvida mercadoria no valor de R\$280,00. A alegada devolução ter-se-ia dado em mês posterior ao do uso indevido de crédito fiscal, restando provado o prejuízo ao erário no mês objeto da exação.

Quanto à Nota Fiscal nº 3068, emitida em 09/10/2009, com respectivo creditamento indevido de R\$1.260,00 (demonstrativo à fl. 811), o contribuinte alega a devolução por Notas Fiscais que cita terem os números 18293 e 16939, mas não acosta estes documentos fiscais aos autos deste processo, por conseguinte não provando a alegação recursal a respeito.

Contudo, em relação os meses de julho/2010 e novembro/2010, mesmo após a revisão fiscal realizada em segunda instância de julgamento ainda procedem algumas das alegações recursais.

Em relação ao mês de julho/2010, tem-se que quanto à Nota Fiscal nº 11503, emitida em 09/07/2010 (demonstrativo à fl. 811), ICMS destacado de R\$210,00, à fl. 830 o contribuinte aduz que as mercadorias foram devolvidas pelas Notas Fiscais nºs 16764 (emitida em 21/07/2010, ICMS no valor de R\$112,00, fl. 778) e 16765 (emitida em 21/07/2010, ICMS no valor de R\$98,00, fl. 795), documentos nos quais consta expressa a citação da Nota Fiscal nº 11503, indicando a que mercadorias se referem, fato provado nos autos. Por consoante, o crédito fiscal indevido utilizado no mês foi “compensado” com a tributação também indevida realizada no mesmo mês, para a circulação da mercadoria. Assim, do demonstrativo de fls. 811 e 812, relativamente ao mês de julho/2010, assiste razão ao recorrente e deve ser excluída a cobrança de ICMS no valor de R\$210,00.

Ainda com relação a julho/2010, quanto à Nota Fiscal nº 11707, emitida em 15/07/2010 (demonstrativo à fl. 811), ICMS destacado de R\$238,00, o contribuinte aduz que a mercadoria foi

parcialmente devolvida com Nota Fiscal nº 16764 (fl. 778, emitida em 21/07/2010, ICMS destacado relativamente à Nota Fiscal nº 11707 no valor de R\$42,00), documento no qual consta expressa a citação da Nota Fiscal nº 11707, indicando a que mercadoria se refere, fato provado nos autos. Por consoante, o crédito fiscal indevido utilizado no mês foi “compensado” com a tributação também indevida realizada no mesmo mês, para a circulação da mercadoria com aquelas notas fiscais. Assim, do valor de R\$238,00 lançado para a Nota Fiscal nº 11707 deve ser abatido o valor de R\$42,00 de ICMS.

Diante dessas exclusões, por conseguinte abatido o valor de R\$252,00 (R\$210,00 + 42,00), resta para o mês de julho/2010 o valor de débito de imposto de R\$9.549,55 (R\$9.801,55 – R\$252,00 = R\$9.549,55).

Em relação ao mês de novembro/2010, em específico quanto à Nota Fiscal nº 249, emitida em 05/11/2010 (demonstrativo à fl. 811), à fl. 830 o contribuinte aduz que a mercadoria foi devolvida pela Nota Fiscal nº 22984 (fl. 775), com data de emissão de 11/11/2010, documento no qual consta expressa a citação da Nota Fiscal nº 249, indicando a que mercadoria se referem ambas, fato provado nos autos. Por conseguinte, o crédito fiscal indevido utilizado no mês foi “compensado” com a tributação também indevida realizada no mesmo mês, para a circulação da mercadoria. Assim, do demonstrativo de fls. 811 e 812, relativamente ao mês de novembro/2010, assiste razão ao recorrente e deve ser excluída a cobrança de ICMS no valor de R\$393,65 restando assim, para este mês de novembro/2010, o valor de débito de imposto de R\$110,50 (R\$504,15 – R\$393,65 = R\$110,50).

Assim, comungo do entendimento do Fisco no sentido de que embora o contribuinte não tenha procedido de forma regular ao se creditar do imposto naquelas operações, mas uma vez que crédito e débito nas notas fiscais, em mesmos valores, referentes a entradas (por retorno) e a saídas respectivas anteriores, ocorreram dentro do mesmo período de apuração do ICMS, não houve descumprimento da obrigação principal quanto ao erro de preenchimento das notas fiscais, pelo que inexigível o tributo para tais operações específicas, ainda que tenha ocorrido, como ocorreu, descumprimento da obrigação tributária acessória de preenchimento regular dos dados dos documentos fiscais. Porém, quanto às demais operações objeto da imputação 9, o uso indevido de crédito está comprovado nos autos.

Desta forma voto no sentido da modificação da Decisão de base quanto à manutenção integral da imputação 9, posto que esta é apenas parcialmente procedente, conforme demonstrativo fiscal de fls. 811 a 813 (volume III) e consideradas também as deduções dos valores de imposto que o contribuinte, após cientificado de tal revisão retratada nesse demonstrativo fiscal, comprovou serem indevidos, ficando assim procedente em parte a Infração 9 no valor de R\$41.372,93, conforme tabela que elaboro a seguir, para maior clareza:

INFRAÇÃO 9	
DATA OCORRÊNCIA	ICMS DEVIDO
31/01/2009	528,51
31/03/2009	3.933,05
30/04/2009	1.750,00
31/07/2009	0,00
31/08/2009	532,56
31/10/2009	1.260,00
30/11/2009	6.401,50
31/12/2009	0,00
31/01/2010	105,00
28/02/2010	56,00
31/03/2010	1.722,21
30/04/2010	641,90
31/05/2010	2.324,49
30/06/2010	11.512,27
31/07/2010	9.549,55
31/08/2010	420,39
30/09/2010	525,00
30/11/2010	110,50

TOTAL	41.372,93
-------	-----------

Em relação às imputações 11 e 12, em consonância com o entendimento que já expressei quando da análise do Recurso de Ofício, entendo que foram mantidos, no levantamento fiscal que diz respeito aos fatos geradores das duas imputações, os itens que não se constituem em insumo, e sim em material de uso e consumo, a saber: óleo combustível “óleo de Xisto tipo “E”; lona preta 4000 mm; cabo suporte para a serra Tip Trimmer; tambor para armazenagem de tintas e solventes; “PAS MARM41 F65 TEXT l/q 1000x4.0”; baldes de 20 litros para armazenagem de solventes e derivados.

Quanto ao item “serra”, de fato consumido no processo produtivo, assinalo que embora o contribuinte peça novamente, em grau de Recurso, a exclusão de tal item do levantamento fiscal referente às imputações 11 e 12, a JJF já o houvera expressamente excluído, conforme se vê no texto e na planilha contidos no voto da Decisão de base.

O pedido do recorrente para ser intimado no endereço que indica, pode ser atendido pela repartição fazendária competente, desde que em conformidade com o disposto no artigo 108 do RPAF/99, mas o não atendimento do seu pleito não implica nulidade processual. A sustentação oral solicitada está prevista no RPAF/99.

Por tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício; voto no sentido de que seja declarado PREJUDICADO o Recurso Voluntário quanto às imputações 4 e 10, posto que falta objeto; e voto no sentido do PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário apenas em relação à imputação 9, para assim modificar a Decisão recorrida julgando PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração, mas no valor de R\$199.134,02, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos e intimado o autuado para efetuar o pagamento do valor remanescente relativo ao débito tributário originalmente lançado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto, considerar **PREJUDICADO** o Recurso Voluntário apresentado quanto às imputações 4 e 10, e **PROVER PARCIALMENTE** quanto à imputação 9, para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269200.0110/12-5, lavrado contra **BORRACHAS VIPAL NORDESTE S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$199.134,02**, acrescido das multas de 60% sobre R\$190.619,49, 70% sobre R\$6.532,07 e 100% R\$1.982,46, previstas, respectivamente, no art. 42, incisos II, alíneas “e” e “f”, III e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$399,78**, prevista no inciso XI, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de agosto de 2014.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – RELATORA

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS